

2. Kontext: Die Entrückung eines normativen Naturbegriffs in der amerikanischen Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts

I.

Der Wille ist frei, und Jurisprudenz ist eine systematische Wissenschaft. Dies sind die Leitsätze, die sich bei genügendem Abstand aus der amerikanischen Rechtsgeschichte herauslesen lassen, wenn man danach fragt, auf welcher Grundlage sich ein demokratisches Rechtswesen in den Vereinigten Staaten des 19. Jahrhunderts entwickelte. Überraschend ist das nicht, denn im erstrebten Zusammenspiel von Willensfreiheit und Systematik ist letztlich nur das demokratische Dilemma, Freiheit mit staatlicher Ordnung vereinbaren zu müssen, ins Juridische übersetzt. Allerdings hätte die Übersetzung auch anders ausfallen können. Im 19. Jahrhundert jedoch bestand in der amerikanischen Jurisprudenz und darüber hinaus weitgehende Einigkeit, daß eine vernünftige soziale Ordnung sich an der Gewährleistung eines Maximums an freier, individueller Selbstbehauptung ("self-assertion") zu erkennen gebe⁵⁸; die Jurisprudenz als Wissenschaft, die an der Pflege dieser Ordnung teilhat, vergewissert sich der eigenen Vernünftigkeit mittels ihrer Systematik: "the endeavour to treat particular fields of knowledge as if governed by interrelated, fundamental and logically demonstrable principles of science [...] dictated most nineteenth-century intellectual pursuits".⁵⁹ Die zur Etablierung eines genuin amerikanischen Rechts aufgeforderten Juristen griffen in erster Linie auf britische politische Philosophie der Glorious Revolution und die englische Rechtstradition zurück⁶⁰ und unterstellten beides dem ideellen Anspruch

⁵⁸ Roscoe Pound, "Introduction", S. x, in Harold Gill Reuschlein, *Jurisprudence - Its American Prophets. A Survey of Taught Jurisprudence*, Indianapolis 1951, S. vii- xii.

⁵⁹ Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, S. 10.

⁶⁰ Kermit L. Hall, *The Magic Mirror. Law in American History*, New York und Oxford 1989, S. 50 und S. 49-105, 119-121; Jerome Huyler, *Locke in America. The Moral Philosophy of the Founding Era*, Kansas 1995, S. 175-208; Dieter Grimm, "Europäisches Naturrecht und Amerikanische Revolution. Die Verwandlung von politischer Philosophie in politische Techne", *Jus Commune*. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Bd. 3, Frankfurt am Main 1970, S. 120-

einer natürlichen demokratischen Gesellschaft.⁶¹ Die Willensfreiheit betrachtet als anthropologische Tatsache setzt sich in den amerikanischen Gerichten der ersten hundert Jahre normativ um in den festen Glauben an eine freie Marktwirtschaft als Zentrum demokratischen Zusammenlebens.⁶² Seine Festigkeit zog der Glaube daraus, daß er sich als systematische Ableitung nach den Forderungen aufgeklärter Wissenschaftlichkeit verstehen konnte, welche Einblick gewähre in das, was dem Menschen gemäß sei.⁶³

Die Problematik eines natürlichen Rechts, das bestimmte Rechtssysteme gegenüber anderen als gerecht ausweisen kann, liegt im 19. Jahrhundert mit seinen Historisierungs- und Säkularisierungstendenzen in der Luft, vor allem in einer Gesellschaftsordnung, die sich selbst als "natürliche" verstand und erst im Begriff war, sich

151; Jürgen Heideking, "The Law of Nature and Natural Rights. Die Positivierung von Naturrecht im Amerika des ausgehenden 18. Jahrhunderts", in *Naturrecht - Spätaufklärung - Revolution*, herausgegeben von Otto Dann und Diethelm Klippel, Hamburg 1995, S. 48-60; Perry Miller, "The Legal Mentality", in ders., *The Life of the Mind in America. From the Revolution to the Civil War*, Cambridge [Massachusetts] 1965, S. 99-265, siehe vor allem S. 105-109 und S. 121-134; Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, S. 1-30.

⁶¹ Die problematische Rolle der Natur in Opposition zur Zivilisation und gleichzeitig als normativer Hintergrund einer gerechten amerikanischen Gesellschaft ist eines der zentralen Themen der Amerikastudien. Siehe stellvertretend für viele Leo Marx, *The Machine in the Garden. Technology and the Pastoral Ideal in America*, New York 1964 und Perry Miller, *Nature's Nation*, Cambridge [Massachusetts] 1967.

⁶² Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, S. 11; Rush Welter, *The Mind of America 1820-1860*, New York und London 1975, S. 85-95.

⁶³ Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, S. 9-64. Dadurch, daß die amerikanische Jurisprudenz im 19. Jahrhundert Wissenschaftlichkeit für sich beansprucht, befreit sie sich vom Vorwurf, ein Instrument herrschaftlicher Willkür zu sein, verankert sich in der legitimierenden Sphäre objektiver Naturerkenntnis und vergewissert sich der Neutralität universeller Vernunft; dieses Selbstverständnis wird in der hier konsultierten Literatur als "Formalismus" beschrieben. Duxbury erkennt den Formalismus als einen Grundzug des amerikanischen Rechts durch das ganze 19. Jahrhundert hindurch, mit Wirksamkeit bis in unsere Zeit. Auch der von Autoren wie Horwitz reklamierte Wechsel von einem "Instrumentalismus" amerikanischer Rechtsprechung vor dem Bürgerkrieg zu einem eher verkrusteten Formalismus nach dem Krieg bis zum 20. Jahrhundert ist nach Duxbury nicht als Bruch, sondern als Phasenwechsel einer ständig wirksamen formalistischen Rechtsdogmatik zu verstehen, die nach ihrer erfolgreichen Etablierung den von ihr selbst herbeigeführten Status quo zementierte. Siehe neben Duxbury auch Miller, "The Legal Mentality", passim; Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, S. 1-30 und S. 253-266; ders., *The Transformation of American Law 1870-1960*, S. 9-31; M. H. Hoeflich, "Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell", *The American Journal of Legal History* XXX (April 1986), S. 95-121.

dauerhaft zu konstituieren. Wenn Amerika tatsächlich der privilegierte Ort war (und ist?), Theorie in Techne zu verwandeln, so nutzten die Intellektuellen der nachrevolutionären Konsolidierungsperiode diese Chance in erster Linie im Rückgriff auf die Lockesche Tradition politischer Philosophie.⁶⁴ Die beiden Säulen der amerikanischen Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts, Wissenschaftlichkeit des Rechts als Garant naturgemäßer Vernünftigkeit und Vertragsfreiheit als Ausdruck des freien Willens des Einzelnen⁶⁵, lassen sich auf Locke zurückbeziehen. Ihre Zweiheit wurzelt in einer Dualität in Lockes Naturrechtsbegriff zwischen Naturrecht (law of nature) als präskriptivem, mit Sanktionen belegtem göttlichen Gesetz hier und naturgegebenen Rechten (natural rights) als in der Natur des Menschen begründeten, persönlichen Ansprüchen des einzelnen dort. Ganz unabhängig davon, wie man das Zusammenspiel von religiös auferlegter Pflicht und anthropologisch begründetem Recht in der Lockeschen Philosophie bewertet⁶⁶, ihren Halt finden beide im Gebrauch der Vernunft, der potentiell jedem Menschen seine Pflichten gegenüber Gott und seine Rechte gegenüber den Mitmenschen zugänglich macht.

Der Bereich der Pflichten entfaltet nun aber nicht, wie zu erwarten, im Sozialen, sondern im Privaten seine Kraft. Gott nicht zu zollen, was ihm geschuldet ist, zieht

⁶⁴ Grimm, "Europäisches Naturrecht und Amerikanische Revolution"; Edward J. Erler, "Natural Right in the American Founding", in *The American Founding. Essays on the Formation of the Constitution*, edited by J. Jackson Barlow [u.a.], New York [usw.] 1988, S. 195-223; Welter, *The Mind of America*, S. 89, 129-141, 408, 411, 415 und, stellvertretend für viele mit Überblick über den Stand der Debatte, Huyler, *Locke in America*, passim.

⁶⁵ Für das Ende des 19. Jahrhunderts gilt: "freedom of contract became the most important part of the liberty safeguarded by the Constitution. [...] The law had become a technical, formalistic calling, whose essence had become dry logic and the syllogism". Schwartz, *Main Currents in American Legal Thought*, S. 366 und S. 370.

⁶⁶ Huyler besteht in seiner Monographie auf Lockes christlicher Gemeinwohlorientierung im Sinne der protestantischen Forderung, den Gottesplan in Gemeinschaft umzusetzen. Er stellt sich damit vor allem gegen Leo Strauss' Verständnis der Lockeschen Philosophie. Aber auch Huyler bestreitet nicht, daß dieser Aspekt Lockes für dessen politische Rezeption nicht bestimmend war. Huyler, *Locke in America*; Leo Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, übersetzt von Horst Boog, Stuttgart 1956 [englisch 1953], S. 261 und S. 210-262, beide passim. Siehe auch Stephen Buckle, *Natural Law and the Theory of Property. Grotius to Hume*, Oxford 1991, S. 125-149.

göttliche Strafe nach sich. Wie man es damit hält, ist eine Frage des Gewissens. Die naturgegebenen Rechte dagegen sind ein soziales Problem, denn bei Locke gilt gerade nicht, daß sie mit Austritt aus dem Naturzustand abgelegt werden. Im Gegenteil, erst in der Sozietät können sie sich richtig entfalten. Im Lockeschen Naturzustand, so argumentiert Leo Strauss, ist der Mensch elend: naturgegebene Rechte bedürfen der Konvention, des sozialvertraglichen Zusammenschlusses, um als durchsetzbare Ansprüche gedeihen zu können. "Der Wunsch und das Streben nach Glück tragen [bei Locke] den Charakter eines absoluten Rechts, eines natürlichen Rechts."⁶⁷ Dagegen werde "alles Wissen über das Naturgesetz", also den Katalog von Pflichten gegenüber dem göttlichen Gesetzgeber, erst "durch Studium erworben", ein Studium, für das die meisten Menschen "'weder Zeit noch Verständnis'"⁶⁸ hätten. "Das Glück setzt das Leben voraus"; deshalb sei bei Locke

das fundamentalste aller Rechte [...] das Recht auf Selbsterhaltung. [...] Weiterhin lehrt die Vernunft, daß alle Menschen hinsichtlich des Wunsches und damit des Rechtes der Selbsterhaltung gleich sind, und daß sie daher ungeachtet aller natürlichen Ungleichheiten in anderer Hinsicht im entscheidenden Punkte gleich sind. Hieraus schließt Locke ebenso wie Hobbes, daß im Naturzustand jedermann selbst über die für seine Selbsterhaltung förderlichen Mittel entscheidet.⁶⁹

In genau diesem Sinne ist der Naturzustand elend: "das einzige Heilmittel ist eine Regierung oder die bürgerliche Gesellschaft"⁷⁰, die den Frieden sichert und erst so die Selbsterhaltung durch Aneignung materieller Güter nach dem freien Willen des Einzelnen wirksam zu garantieren imstande ist. In Strauss' Lesart Lockes hat man die Rechtstetrias der Unabhängigkeitserklärung⁷¹ mit dem Zusatz der Gleichheitsformel als selbstverständliche Wahrheiten

⁶⁷ Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, S. 236.

⁶⁸ Strauss, a.a.O., S. 235, mit Nachweis des Locke-Zitats.

⁶⁹ Strauss, a.a.O., S. 237/38.

⁷⁰ Strauss, a.a.O., S. 238.

⁷¹ "We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness." Declaration of Independence, zitiert nach *Documents of American History*, edited by Henry Steele Commager, New York ⁸1968, Nr. 66, S. 100b.

der "Condition of humane Life"⁷² beisammen. Zieht man Lockes Vorstellung vom wirksamen Eigentumserwerb in Betracht, der sich im Naturzustand "natürlich" als Inbesitznahme durch Verarbeitung, in bürgerlicher Gemeinschaft "konventionell" durch Gesetz und Vertrag vollzieht⁷³, so wird die im 19. Jahrhundert sich durchsetzende juristische Verengung der Freiheit auf die Vertragsfreiheit verständlich. Denn Freiheit ist der Gebrauch des freien, vernünftigen Willens zum Eigentumserwerb als Gebot der Selbsterhaltung.⁷⁴

Das Axiom der Freiheit des Willens führt zum rechtlichen Institut der Vertragsfreiheit. In diesem Sinne erhält der so wichtige Begriff des "government with the consent of the governed" erst seine Konturen: es geht nicht, wie bei Hobbes, um die freiwillige Abtretung von Rechten an einen Souverän, sondern um den gegenseitigen Konsens der freien Bürger hinsichtlich des Eintritts oder der Beibehaltung eines der menschlichen Natur gemäßen Gesellschaftsvertrages⁷⁵:

Wenn die Zweckbestimmung der Regierung nur der 'Friede', die 'Sicherheit und die öffentliche Wohlfahrt des Volkes' ist; wenn Frieden und Sicherheit die unentbehrlichen Bedingungen des Überflusses sind und das öffentliche Wohl des Volkes mit dem Überfluß identisch ist; wenn daher das Ziel der Regierung die Fülle ist, wenn die Fülle die Emanzipation des Erwerbstriebes erfordert, und wenn der Erwerbstrieb zwangsläufig dahinschwindet, sobald die Belohnung für dieses Streben nicht mehr mit Sicherheit denjenigen gehört, die sie verdienen - wenn all dies wahr ist, dann folgt daraus, daß die Bestimmung der bürgerlichen Gesellschaft 'die Erhaltung des Eigentums' ist. 'Der größte und wichtigste Zweck, ...daß die Menschen sich zu Gemeinwesen

⁷² John Locke, "The Second Treatise of Government", Kapitel V und IX, S. 285-302 und 350-353, in ders., *Two Treatises of Government*, student edition, edited by Peter Laslett, Cambridge [usw.] 1997. Siehe dazu Lasletts "Introduction", S. 101-112.

⁷³ Huyler, *Locke in America*, S. 128 f.; Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, S. 244-255.

⁷⁴ Schwartz, *Main Currents in American Legal Thought*, S. 366; Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, S. 26-32; Arthur L. Harding., "The Ghost of Herbert Spencer: A Darwinian Concept of Law", in *Origins of the Natural Law Tradition*, edited by Arthur L. Harding, Dallas 1954, S. 69-93; Horwitz, *The Transformation of American Jurisprudence 1870-1960*, S. 13-16; ders., *The Transformation of American Jurisprudence, 1780-1860*, S. 160-210; Hall, *The Magic Mirror*, S. 119-121.

⁷⁵ Dieser Gesellschaftsvertrag muß selbstverständlich nicht explizit sein: Buckle, *Natural Law and the Theory of Property*, S. 183-190, vor allem S. 184.

zusammenschließen und sich Regierungen unterstellen, ist... die Erhaltung ihres Eigentums.'"76

So erscheint Gesellschaft im Lockeschen Denken als Bedingung von Freiheit – erst in Gesellschaft wird es möglich, natürliche Ansprüche in Frieden und Sicherheit einzulösen. Deshalb versteht sich Lockes politisches Modell im Grundsatz nicht präskriptiv gestaltend, sondern regulativ ermöglichend.⁷⁷ Es ist eine Absage an das traditionelle, kosmologische Naturrecht, dem es darum ging, eine geheiligte Ordnung in der Ordnung der Gesellschaft abzubilden.⁷⁸ Locke interessiert sich für die allen unmittelbar einleuchtende Eigenart der menschlichen Natur eingedenk ihrer Unzulänglichkeiten; nur auf ihr lasse sich ein vernünftiges politisches System errichten. In der moralphilosophischen Tradition, in der Locke steht und auf die sich die professionelle Jurisprudenz der Vereinigten Staaten zumindest bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts bezieht, wird Transzendenz mit Immanenz identifiziert und damit als normativer Kontrast der Empirie aufgelöst: "The pursuit of economic self-interest, which is the law of nature, is already coming to be identified by the pious with the operation of the providential plan, which is the law of God."⁷⁹ Das göttliche Gesetz interessiert nur so weit, wie es sich in der menschlichen Natur für alle erkennbar niederschlägt.⁸⁰

Vor diesem Hintergrund erklärt sich die merkwürdige Formulierung in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung: wer von "the Laws of Nature and of Nature's God"⁸¹ spricht und damit die von selbst einleuchtenden Wahrheiten der menschlichen Natur meint, kennt Gott nur als aus eben dieser Natur abgeleitete Hypothese. Der politisch relevante Blick bleibt am Boden der nicht

⁷⁶ Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, S. 255/56, mit Nachweis der aus Locke zitierten Stellen.

⁷⁷ Buckle, *Natural Law and the Theory of Property*, S. 177.

⁷⁸ Huyler, *Locke in America*, S. 81.

⁷⁹ Richard Steele, aus einem Traktat von 1684 zitiert bei Huyler, *Locke in America*, S. 113.

⁸⁰ Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, S. 211–262, passim.

⁸¹ Declaration of Independence, *Documents of American History* (Commager), Nr 66, S. 100b.

weiter hinterfragbaren Verfaßtheit der menschlichen Natur; der mit Locke aus dieser Natur hergeleitete Mindestkanon rechtlicher Ansprüche "Life, Liberty, and the pursuit of Happiness"⁸² wird zur Basis einer gerechten Staatsgründung.

Im amerikanischen Gründungsdokument bestätigt sich also Leo Strauss' These von der Anthropologisierung des Naturrechts bei Locke. Ein so verstandenes Naturrecht befreit sich vom religiösen Dogma.⁸³ Damit riskiert es aber das, worum es ihm eigentlich geht: eine feste Bezugsgröße zur Legitimierung menschlicher Bemühungen um Recht und Unrecht. Mit seiner Verwissenschaftlichung lernt das Naturrecht, sich - im Gegensatz zur Gewißheit des Glaubens - verständlich zu machen; und vielleicht entfaltet es in genau dieser Fähigkeit sein demokratisches Pathos. Denn die aufgeklärt theologische Spaltung eines kosmologisch-umfassenden Weltverständnisses in vernünftig nachvollziehbares Naturrecht und persönliches Offenbarungserlebnis ist nur einen Schritt entfernt von der bürgerlich-säkularen Trennung zwischen öffentlicher Vernunft und privater Freiheit, zwischen Gleichheit und Autonomie.⁸⁴ Das "menschliche" Naturrecht setzt sich damit aber auch der Zweifelhafteit aller wissenschaftlichen Erkenntnis aus. Was den Amerikanern 1776 gegenüber dem Mutterland als "self-evident truths" gilt, kann ihnen 1861 zum Gegenstand eines Bürgerkriegs gereichen.⁸⁵

⁸² Ebenda; vgl. Locke, "The Second Treatise of Government", Kapitel V und IX, S. 285-302 und 350-353.

⁸³ Selbst wenn man mit Huyler und Buckle und gegen Strauss größeren Wert legt auf Lockes Festhalten an Offenbarung und göttlicher Sanktion als Garanten der Erkenntnis und der Einhaltung der Gesetze der Natur, bleibt doch die vernünftige Einsicht in das, was dem Menschen gemäß ist, der politisch relevante Schlüssel zum Naturrecht. Buckle, *Natural Law and the Theory of Property*, S. 23 f. und 147/48; Huyler, *Locke in America*, passim.

⁸⁴ Diese Abspaltung des Naturrechts vom offenbarten Gesetz ist nicht nur bei Locke, sondern auch bei Blackstone vollzogen, was wohl ein Grund dafür ist, warum der notorische Tory für die Juristen in den Vereinigten Staaten der ersten hundert Jahre von prägendem Einfluß war. Zu Blackstones Rezeption in den Vereinigten Staaten siehe Reuschlein, *Jurisprudence*, S. 29-36.

⁸⁵ In diesem Zusammenhang ist Lincolns Umdeutung des Gleichheitssatzes der Unabhängigkeitserklärung interessant: war in der Unabhängigkeitserklärung von einer unmittelbar einleuchtenden Wahrheit die Rede, so spricht die "Gettysburg Address" von einer "proposition" im Sinne eines Vor- und Grundsatzes, auf den sich die Nation mit ihrer Selbstausrufung 1776 eingeschworen habe. Lincoln verschiebt den Akzent von der verstandesmäßigen Einsicht, die universellen Anspruch erhebt,

Grundsätzlich empfiehlt die zivilrechtliche Ausrichtung eines Denkens, das "government" auf gegenseitige Vereinbarungen in bezug auf Eigentumstitel zurückführt und diese Vereinbarungen an den freien Vertragswillen knüpft,⁸⁶ die Rechtspflege und Rechtsentwicklung eher den Gerichten an als der Legislative: das Vertrauen auf Gerichte bei einem Mißtrauen gegenüber dem potentiell despotischen Gesetzgeber kennzeichnet die öffentliche Meinung im Amerika des 19. Jahrhunderts und vielleicht noch heute:

it will hardly be denied that with us as a practical question, the legislative power is the most formidable, nor that our system chiefly aims to guard the citizen against the legislature, - to protect him against the power of a majority taking the shape of unjust law. And it is to be observed, also, that the unjust action of government with us is most likely to take the shape of attacks on property. All government, indeed, resolves itself into the protection of life, liberty, property. Life and liberty in our fortunate condition are, however, little likely to be injuriously affected by the action of the body politic. Property is very differently situated. It is therefore of the highest moment, if possible, to obtain a clear idea as to the nature and extent of the protections which guard our rights of property from attack under color of law, - to determine, in other words, what is a *vested right*.⁸⁷

Die amerikanische Jurisprudenz konsolidierte sich um dieses Vertrauen, indem sie das Recht auf Eigentum zum archimedischen Punkt erwählte⁸⁸ und das Gebot der Wissen-

aber prinzipiell kritisierbar und revidierbar ist, auf den Schwur, der eine konkrete nationale Gemeinschaft stiftet, die mit ihm steht oder fällt. Das Abrücken von einem eingeschworenen, staatstragenden Grundsatz ist dann genau das, was Lincoln den Südstaaten vorwarf und worauf er seine Politik ihnen gegenüber gründete: Verrat. Hiermit setzen sich auseinander: Glen E. Thurow, "The Gettysburg Address and the Declaration of Independence", in *Abraham Lincoln. The Gettysburg Address and American Constitutionalism*, edited by Leo Paul S. de Alvarez, Irving 1976, S. 55-75 und Garry Wills, *Lincoln at Gettysburg. The Words that Remade America*, New York [usw.] 1992.

⁸⁶ Locke, "The Second Treatise of Government", Kapitel V und IX, S. 285-302 und 350-353; Huyler, *Locke in America*, S. 149-174; Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, S. 244-261.

⁸⁷ Theodor Sedgewick, *A Treatise on the Rules which Govern the Interpretation of Statutory and Constitutional Law*, 1857, zitiert bei Miller, "The Legal Mentality", S. 223. Auf das Mißtrauen gegenüber vermeintlich despotischer Politik gegenüber vermeintlich neutraler Rechtsprechung kommt Miller auf S. 220-238 zu sprechen; ebenso Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, S. 256/57 und ders., *The Transformation of American Law 1870-1960*, S. 16.

⁸⁸ Horwitz faßt dieses noch im späten 19. Jahrhundert wirksame Selbstverständnis der amerikanischen Jurisprudenz wie folgt zusammen: "Late-nineteenth-century courts were 'conceptualistic' in the sense that they believed one could derive particular legal rules and doctrines from general concepts such as property. And they were formalistic in believing that one could logically deduce these rules from the nature of property itself. Property, then, was thought to have an essence or a core meaning, even if there could be legitimate argument about what

schaftlichkeit mit einer Doppelrolle belegte. Zum einen kam eine systematische Rechtsprechung mit vorhersehbaren Urteilsbegründungen der sich entwickelnden kapitalistischen Wirtschaft entgegen: sie hielt das Risiko von Investitionen im Hinblick auf etwaige Rechtsstreitigkeiten kalkulierbar.⁸⁹ Zum anderen war sie Unterpfeiler der "Natürlichkeit" demokratischer Rechtsprechung: Vernunft ist der Schlüssel zur regelhaften Natur wie der Schöpfer sie gewollt haben muß. In ihrer Natürlichkeit sind die Menschen gleich:

The Law of Nature comprises those rules of conduct for man which result from his nature and relations, whether discovered by unassisted exercise of reason or made known through the medium of direct revelation. [...] In a more general sense the term *Law of Nature* may comprise natural as well as moral relations, and in it there is evidently included all natural as well as moral science. The sciences consist in the knowledge of those laws which govern the physical universe in all its parts, and of the characteristic qualities of mind or spirit as displayed in rational creatures, and as far as we can form ideas of them, in God himself. It is in reference to man particularly as a free, rational, and social being that jurisprudence has to do with the Law of Nature.⁹⁰

Sharswood postuliert in seiner hier zitierten Einführungsvorlesung aus dem Jahr 1870 die Natur als umfassende Einheit, an die noch die quälendsten Dichotomien zurückgebunden sind. Eine im 19. Jahrhundert

was to be included at the periphery. Moreover, the orthodox idea of property was that it was a pre-political, Lockean natural right not created by law, though all lawyers recognized that the law might be needed to specify rights for the hard cases at the periphery of the concept." Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960*, S. 155, siehe auch S. 129 und 137.

Wie stark die Rechtsprechung sich um den Eigentumsbegriff verkrustet hatte, läßt sich indirekt aus der notorischen Plessy v. Ferguson-Entscheidung des Supreme Court aus dem Jahr 1896 ableiten. Hier hatte der diskriminierte Kläger versucht, die Frage der Rassentrennung als Frage von "property" zu formulieren. Daraus wird deutlich, welche überragende Rolle dem Eigentumsbegriff in Menschen- und Bürgerrechtsfragen zukam: anders ließen sich die Richter für eine solche Problematik offensichtlich kaum sensibilisieren. In der Urteilsbegründung wurde die Vorstellung von der Hautfarbe als Eigentum zurückgewiesen, allerdings nicht ohne dem Kläger klarzumachen, daß die Diskriminierung zulässig sei, selbst wenn man der Vorstellung gefolgt wäre. Plessy v. Ferguson, S. 628b, in *Documents of American History* (Commager), Nr 343, S. 628-630; den Begriff der "Rasse" im Verhältnis zu Vorstellungen des Eigentums im späten 19. Jahrhundert erläutert Eva Saks, "Representing Miscegenation Law", in *Interracialism. Black-White Inter-marriage in American History, Literature, and Law*, edited by Werner Sollors, Oxford [usw.] 2000, S. 61-81.

⁸⁹ Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, S. 26-28 und S. 263/64; Hoeflich, "Law and Geometry"; S. 117.

⁹⁰ George Sharswood, *Lectures Introductory to the Study of the Law*, Philadelphia 1870, S. 112/13.

sehr konkrete Dichotomie war die zwischen rechtlicher Gleichheit und sozialer Ungleichheit in einem noch relativ jungen Kapitalismus, aufgefangen im Mythos des Marktes als "Ökonomie der Natur"⁹¹: das "freie" Kräftespiel miteinander konkurrierender Eigentumsinteressen wird einschließlich seiner eher häßlichen Konsequenzen zum Naturgesetz menschlichen Zusammenlebens erhoben. Letztlich ist die systematische Ausrichtung des Rechts auf die "Ökonomie der Natur" für die Natur ein Pyrrhussieg: sie tritt mit Ausnahme des Eigentumsschutzes⁹² als kleinstem gemeinsamen Nenner menschlicher Verfaßtheit dem Recht nicht länger mit resultatorientierten, substantiellen Anforderungen entgegen, sondern wird als Methode vernünftiger Entscheidungsfindung sowohl in gesetzgeberischer als auch in rechtsanwenderischer Hinsicht in das Recht inkorporiert.⁹³

Diese paradoxe Tendenz, sich den legitimierenden Bezugspunkt einzuverleiben, findet sehr früh im amerikanischen Recht ihren Niederschlag. In seinem zustimmenden Sondervotum zur Entscheidung im Fall *Calder versus Bull*⁹⁴ argumentiert der Supreme Court-Richter Iredell schon 1798, daß das Naturrecht zwar grundsätzlich alle Menschen binde, in einem demokratischen juristischen Verfahren aber nur dann relevant werden könne, wenn es in

⁹¹ Welter, "The Economy of Nature", in *The Mind of America*, S. 85-95 und S. 349 im Zusammenhang mit der Frage der Sklaverei. Die soziale Ungleichheit in den Vereinigten Staaten schon vor dem Bürgerkrieg beschreibt Pessen, *Jacksonian America*, S. 77-100 und S. 288-327.

⁹² Das Recht auf den Eigentumsschutz auszurichten setzt voraus, daß Leben und Freiheit in einem allgemeinen Sinn gesichert sind. Dies wird auch aus dem oben zitierte Sedgewick-Zitat deutlich (Miller, "The Legal Mentality", S. 223); vgl. Huyler, *Locke in America*, S. 149-174 und Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, S. 255-56.

⁹³ Zur Inkorporation von Naturrechtsvorstellungen in den Rechtsbetrieb, was dem Verfall des Naturrechts als äußerem Bezugspunkt des Rechts gleichkommt, schreibt Horwitz: "While natural rights conceptions were extremely important in shaping the character of Classical Legal Thought, they did not usually operate as higher law principles that alone could determine the validity or invalidity of positive law. Rather, natural rights discourse structured legal argument by suggesting starting points, background assumptions, presumptions, or first principles in the law." Horwitz, *The Transformations of American Law 1870-1960*, S. 156-159, hier: S. 158.

⁹⁴ *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798), [http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofiocgi.exe/historic/query=\[jump!3A!273+u!2Es!2E+386+iredell!27\]/doc/{@391}?](http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fofiocgi.exe/historic/query=[jump!3A!273+u!2Es!2E+386+iredell!27]/doc/{@391}?)

ausreichend bestimmten juristischen Normen vorliege. Letztlich entscheidet also der formale Gesetzesbegriff – die gewohnheits- oder positivrechtlich geregelte Frage, wann etwas für die Richter als Gesetz zu gelten hat – darüber, was juristisch einschlägiges Naturrecht ist. Hundert Jahre später wird Oliver Wendell Holmes denselben Schritt von der entgegengesetzten Seite tun: nicht von der gültigen Norm ausgehend, sondern von der konkreten Entscheidungsmacht des Richters.

Die Kehrseite systematischer Vernünftigkeit ist die Eigendynamik systemischer Prozesse. Eine konservative Rechtsdogmatik, die zu Zeiten wirtschaftlicher Umwälzungen jeden staatlichen Eingriff in Eigentumsverhältnisse unter den nahezu unüberwindlichen Rechtfertigungsdruck einer Verletzung natürlichen Rechts stellt, kann gerade wegen ihrer Selbstfesselung an eine strenge Begrifflichkeit um Eigentum und Vertrag umschlagen in eine treibende Kraft hin zur Katastrophe des amerikanischen Bürgerkriegs. Berüchtigt ist das Versäumnis des Supreme Court in der Dred Scott-Entscheidung, sich hinsichtlich der Frage der Sklaverei von seiner eingefahrenen Eigentumsrhetorik zu lösen.⁹⁵ Die Gleichsetzung eines Sklaven mit jedem "ordinary article of merchandise and property" unter einem absolut gesetztem Eigentumsrecht, desbezüglich "[t]he only power conferred [on Congress] is the power coupled with the duty of guarding and protecting the owner in his rights"⁹⁶, hat ihren Teil beigetragen zum Ausbruch des Bürgerkriegs. In seiner Kulturgeschichte des amerikanischen Rechts wertet Perry Miller diesen Krieg als "ghastly holocaust of property"⁹⁷:

When the crisis finally came, the principal agent in preserving the unity of the nation so that it could resume its imperial course was a creature emerging from the wilderness [...] who had disciplined the instincts of his heart by the study of

⁹⁵ Im Gegensatz dazu hatte gerade Locke die Sklaverei als unvereinbar mit dem Naturrecht gebrandmarkt und sich damit von seinem großen Vorläufer Grotius abgesetzt. Siehe dazu Buckle, *Natural Law and the Theory of Property*, S. 168/69 und 174-180.

⁹⁶ Dred Scott v. Sandford, S. 345a, in *Documents of American History* (Commager), Nr. 185, S. 339-345.

⁹⁷ Miller, "The Legal Mentality", S. 234.

Blackstone, and who would insist on waging the Civil War - regardless of what the clergy might declaim - not as an evangelical crusade but strictly as a vindication of the Common Law thesis that no party to a compact solemnly entered into can thereafter wantonly withdraw from it.⁹⁸

Die Hoffnung auf die systemische Einheit eines "natürlichen" Rechts findet wohl spätestens ihr Ende, wenn die beiden Grundpfeiler des Systems, Vertrag und Eigentum, zu antagonistischen Leitbegriffen einer kriegerischen Auseinandersetzung werden.

II.

Auch in "nature's nation" gelingt also keine Überwindung des Konflikts "Head vs. Heart" im demokratischen Rechtssystem:⁹⁹ die einende Sinnhaftigkeit der Natur läßt sich nicht in Analogie setzen zu den entzweienden Differenzierungen der Vernünftigkeit. Für Perry Miller ist es das Erbe des Bürgerkriegs - "the conscience of the [legal] profession for not having saved the nation"¹⁰⁰ -, das längerfristig zur Aufweichung des strengen juristischen Formalismus um die "natürlichen" Axiome des Eigentumsschutzes und der Vertragsfreiheit führt. Oliver Wendell Holmes nimmt in seinem Vortrag "The Path of the Law" zum Ausgang des 19. Jahrhunderts den fälligen Einschnitt im amerikanischen Rechtsverständnis vor, indem er den Akzent von Natur und Geschichte auf institutionalisierte Entscheidungsbefugnis und Erwartung verschiebt.¹⁰¹ Holmes bezieht juristisches Denken nicht zurück auf die umfassende Identität natürlicher Gerechtigkeit, sondern richtet es auf die Zukunft aus, auf die ausstehende Entscheidung eines Konfliktes. Nicht die geschichtliche Entfaltung der Natur des Menschen in bürgerlicher Gemeinschaft steht im Vordergrund, sondern das taktische Verhältnis, in das sich potentielle Konfliktgegner zu einer Institution stellen, die fähig und befugt ist, ihren

⁹⁸ Miller, a.a.O., S. 115/16.

⁹⁹ Miller, *Nature's Nation*, S. 201 und passim; ders., "The Legal Mentality", S. 100.

¹⁰⁰ Miller, "The Legal Mentality", S. 234.

¹⁰¹ Holmes, "The Path of the Law", S. 167-202.

Konflikt zu entscheiden und diese Entscheidung mit Gewalt durchzusetzen. Daß er das Recht vom Konflikt und nicht von der Versöhnung her denkt, ist bei Holmes vom Ansatz her klar: Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist der Übeltäter. Dessen Standpunkt macht er sich in seiner Definition des Rechts zu eigen: "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law."¹⁰² Die Frage ist also nicht mehr, "Soll und darf ich dies oder jenes tun?", sondern "Wie weit kann ich gehen zur Durchsetzung meiner Wünsche?". Schon in seinem 1881 erschienen Buch *The Common Law* hatte Holmes Gedanken zur zivil- und strafrechtlichen Haftung formuliert, die ohne moralische Beurteilung von Handlungen an sich oder von Personen auskommen wollen. Für das Recht gelte: "All acts are indifferent per se".¹⁰³ Es interessiere sich nur für unerwünschte handgreifliche Folgen eines bestimmten Tuns unter bestimmten Umständen. Ob man es wolle oder nicht, Verurteilungen von im moralischen Sinne Unschuldigen gehörten zum Alltag des Rechtsbetriebs, der keine Scheu davor habe, einzelne für das Interesse der Allgemeinheit zu opfern.¹⁰⁴ Jeder müsse - "at his own peril"¹⁰⁵ - kalkulieren, ob er Folgen seines Handelns riskiert, die das Recht mit Sanktionen belegt hat. Treten solche Folgen ein, bestimmt sich die Schuldhaftigkeit des Verursachers nicht nach dem, was er beabsichtigte, oder nach dem Grad seiner moralischen Verworfenheit, sondern nach dem, was er als Mensch von "gewöhnlicher Intelligenz und hinreichender Vorsicht"¹⁰⁶ hätte wissen müssen: "Acts

¹⁰² Holmes, "The Path of the Law", S. 173. In seinem Vorwort zu Holmes' *The Common Law* legt Sheldon M. Novick dar, daß Holmes zeit seines Lebens von evolutionistischen und biologistischen Annahmen bezüglich der Entwicklung von "Rassen", Klassen und kulturellen Gemeinschaften geprägt gewesen sei. In seinen Schriften entwickelt er aber ein Vokabular, das hierüber weit hinausgeht und den Anstoß gibt für funktionale und politische Theorien des Rechts. Sheldon M. Novick, "Introduction", in Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, New York 1991 [Boston 1881], S. iii-xi.

¹⁰³ Holmes, *The Common Law*, S. 75; siehe auch S. 54, 66.

¹⁰⁴ A.a.O., S. 44 f., 48-51.

¹⁰⁵ A.a.O., S. 50.

¹⁰⁶ "[T]he average man [is] the man of ordinary intelligence and reasonable prudence. Liability is said to arise out of such conduct as would be blameworthy in him. But he is an ideal being, represented by the jury when they are appealed to, and his conduct is an external or

should be judged by their tendency under the known circumstances, not by the actual intent which accompanies them."¹⁰⁷ Holmes macht sich keine Illusionen: "the general principles of civil and criminal liability are the same"; "[the legal standards to which conformity is required] assume that every man is as able as each other to behave as they command. If they fall on any one class harder than on another, it is on the weakest."¹⁰⁸ In *The Common Law* ist vieles vorweggenommen, was Kapitän Vere für eine Verurteilung Billy Budds in die Waagschale wirft.¹⁰⁹ Melville legt seiner Figur eines der verstörendsten Axiome aus Holmes' Rechtsverständnis in den Mund, allerdings unter Austausch des Subjekts. Bei Holmes liest man: "All law is directed to conditions of things manifest to the senses."¹¹⁰ Seine Härte gegen Billy rechtfertigt Vere folgendermaßen: "War but looks to the frontage, the appearance. And the Mutiny Act, War's child, takes after the father. Budd's intent or non-intent is nothing to the purpose."¹¹¹ Folgt man Veres Analogie von Äußerlichkeit des Krieges und Kriegsrecht, dann schafft dieselbe Äußerlichkeit bei Holmes eine Analogie zwischen Krieg und Recht überhaupt. Dies wiederum ruft Holmes' Prämisse ins Gedächtnis: "the *ultima ratio*, not only *regum*, but of private persons, is force".¹¹² Im gegenlesenden Vergleich

objective standard when applied to any given individual." Holmes, *The Common Law*, S. 51.

¹⁰⁷ A.a.O., S. 66.

¹⁰⁸ A.a.O.; S. 44 und 51.

¹⁰⁹ Auf Bezüge zwischen Holmes und *Billy Budd* weisen hin: Ferguson, *Law and Letters in American Culture*, S. 288-290; Richard Posner, *Law and Literature*, S. 161-165 und Brook Thomas, *Cross-Examinations of Law and Literature. Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, Cambridge [Massachusetts] [usw.] 1987, S. 232-236, mit weiteren Nachweisen.

¹¹⁰ Holmes, *The Common Law*, S. 49.

¹¹¹ Melville, *Billy Budd*, S. 112.

¹¹² Holmes, *The Common Law*, S. 44: "The ever-growing value set upon peace and the social relations tends to give the law of social being the appearance of the law of all being. But it seems to me clear that the *ultima ratio*, not only *regum*, but of private persons, is force, and that at the bottom of all private relations, however tempered by sympathy and all the social feelings, is a justifiable self-preference." Holmes, schreibt Sheldon M. Novick in seiner Einführung zu *The Common Law* (S. xii), sei überzeugt gewesen "that the ultimate source of power was not a nominal government, but the force that lay behind it; and he argued that judges and courts responded not to the government's edicts alone, but to the fundamental source of power -

steht der Holmes des *Common Law* noch unerbittlicher und härter da als Kapitän Vere im Prozeß gegen Billy: für den einen ist nur das Kriegsrecht ein Kind des Krieges, für den anderen das Recht überhaupt.

Die Implikationen eines auf Risikokalkulation und öffentliche Gewalt bezogenen Rechtsbegriffs, wie Holmes ihn dem 20. Jahrhundert mit auf den Weg gegeben hat, sind bei Niklas Luhmann weiter ausgearbeitet. Die Legitimationsproblematik ist verdrängt hinter eine Kombination von Grammatik und Entscheidungsbefugnis, die sich von der Anbindung an die Natur abgenabelt hat. Recht ist die Summe von Konditionalsätzen "wenn..., dann", deren formulierte Erwartungshaltung durch institutionalisierte Macht abgesichert ist.¹¹³ Es sichert denjenigen, der den Konditionalsatz "im Sinne des Rechts"¹¹⁴ - also in richtiger Voraussicht dessen, was die Richter im Konfliktfalle entscheiden werden - zur Grundlage seines Handelns macht, gegenüber der Enttäuschung seiner in diesem Satz formulierten Erwartung; um so effektiver, je sicherer sich der Erwartende sein kann, daß seine Rechtsprophezeiung auch diejenige seiner potentiellen Gegner ist, und zumindest in dem Maße, in dem juristische Kompensation geeignet ist, erfolgte Enttäuschungen wieder gutzumachen.

So verstanden dient Recht der Möglichkeit, das Risiko eigenen Handelns zu kalkulieren.¹¹⁵ Der vernunftgebundenen

the dominant forces of the community - on which the ultimate sanction of force depended."

¹¹³ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 124-153 und S. 165-204; zu Holmes direkt S. 531.

¹¹⁴ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 135; vgl. S. 292: "zunächst soll das Recht [...] soziale Unterstützung für kontrafaktische Erwartungen beschaffen".

¹¹⁵ Vgl. Oliver Wendell Holmes, "Natural Law", S. 313, in ders., *Collected Legal Papers by Oliver Wendell Holmes*, New York 1952 [1920], S. 310-316: "But for legal purposes a right is only the hypostasis of a prophecy - the imagination of a substance supporting the fact that the public force will be brought to bear upon those who do things said to contravene it - just as we talk of the force of gravitation accounting for the conduct of bodies in space." Es ist bezeichnend, wie Holmes hier ein post-naturalistisches, modernes Rechtsverständnis mit dem Naturgesetz in Verbindung bringt: Recht und Naturgesetz funktionieren als Wahrscheinlichkeitsregeln ("prophecies"), die sich letztlich aus ihrem Voraussageerfolg legitimieren und nicht aus ihrer Verwurzelung in einer vorgegebenen und erkannten Ordnung der Natur. Was Holmes in diesem Vergleich aus argumentativen Gründen unter den

Erkenntnis der Natur ist es in entscheidender Hinsicht entgegengesetzt. Denn die Sprache der Erkenntnis formuliert Erwartungen, die dem Risiko des Enttäuschungsfalls voll ausgesetzt sind. Tritt er ein, werden die Erwartungen in der enttäuschten Hinsicht revidiert. Die richterliche Entscheidung fängt dieses Risiko für das normative Erwarten auf: "Die Norm verspricht nicht ein normgemäßes Verhalten, sie schützt aber den, der dies erwartet."¹¹⁶ Das Recht antwortet also auf die Notwendigkeit, das Risiko eigener Handlungen auf die Zukunft hin zu kalkulieren. Werte wie gerecht oder ungerecht, gut oder böse tauchen hier überhaupt noch nicht auf; was Recht oder Unrecht ist, wird erst im institutionellen Rahmen relevant als Frage des gesellschaftlichen Spielraums, den die Entscheidungsmacht des Gerichts hat, gewisses Verhalten gegenüber anderem zu privilegieren. Holmes akzentuiert die Wertfreiheit der prinzipiellen Ebene des Rechts dadurch, daß er sie vom Übeltäter aus entwickelt¹¹⁷, der nicht auf das "Warum?" reflektiert, sondern aus einem intensiven Verlangen heraus handelt. Für die traditionelle Frage des Rechts nach dem legitimierenden Grund eines Verhaltens ist der Übeltäter

Tisch fallen läßt, ist die demokratische Wandelbarkeit der "public force" im Gegensatz zur "force of gravitation".

¹¹⁶ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 129 ff., 133/34, 135. Aus der "Voraussicht auf Enttäuschungen" ergibt sich ein enger Zusammenhang von Recht und Schrift. In dieser Voraussicht "wird eine Zeitdifferenz akut, die überbrückt werden muß. Eine Information, die besagt, daß eine bestimmte Erwartung dem Recht entspricht bzw. nicht entspricht, muß zweimal (oder mehrmals) als Information dienen können: im Zeitpunkt ihrer Projektion und immer dann, wenn enttäuschendes Handeln akut wird. So werden Leistungen [schriftlich] registriert, damit später keine Zweifel aufkommen können, daß sie erbracht worden sind. Und so dienen Gesetze auch dazu, immer wieder als Information benutzbar zu sein, während im Normalfall eine Information an Informationswert verliert, wenn sie nochmals und nochmals und nochmals kommuniziert wird. Es ist, mit anderen Worten, die prekäre, kontrafaktische Stabilität, die normatives Erwarten sich zumutet, die durch die Schriftform ausgeglichen wird. [...] Das Problem liegt in der Voraussicht auf ein erneutes Interesse an derselben Information und nicht einfach darin, daß Dauerhaftes besser ist als Vergängliches. Und es sind Normprojektionen, an denen dieser Koppelungsbedarf von Jetzt und Später zuerst akut wird [...]". Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 254 und 255, Hervorhebungen im Original.

¹¹⁷ "If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience." Holmes, "The Path of the Law", S. 171.

taub: er verhält sich unverantwortlich. Das Verlangen des Delinquenten ist sich selbst Grund genug. Das "Du sollst" traditioneller, an Gerechtigkeit orientierter Rechtsauffassungen geht am "Ich will" des Übeltäters vorbei. Hier deutet sich bei Holmes ein Rechtsgefühl an, das korrespondiert mit jenen Entwicklungen in den Künsten des späten 19. Jahrhunderts, die "in der Vorliebe für den 'gegenwärtigen Moment' die allgemeine Definition des Bösen" erkannten. "Die göttliche Trunkenheit [...] ist ganz dem Präsens verschrieben, als Gegenpol zu den Absichten des Guten, gegründet auf das Kalkül der Vernunft"¹¹⁸. Das Göttliche ist hier gewendet zum Rausch an der Fülle des Möglichen.¹¹⁹ Holmes verläßt sich nicht mehr auf die Vergangenheit als regelhafte Entfaltung, sei es eines Gottesplanes oder einer an und für sich schon legitimen Natur. Seine Gedanken zielen darauf, noch den unverantwortlichsten aller Verbrecher, den "göttlichen", der aus einer Laune heraus nur für den Moment handelt, zum Kalkül des Guten zu bewegen¹²⁰, wobei das Gute eine Frage der Macht derer ist, die berufen sind, darüber zu entscheiden. Welche Entscheidung liegt in der Macht des Gerichts, wann übertritt das Gericht seine Macht, und wem ist es dann verantwortlich? Denkt man Holmes weiter, zerrinnt das Recht in der Frage, wer über den Ausnahmezustand entscheidet, also im Problem der Souveränität¹²¹: findet hier das Böse - die Hingabe an den Moment - seinen Weg in Holmes' Kalkül des Guten als Genuß

¹¹⁸ Karl Heinz Bohrer, *Das absolute Präsens. Die Semantik ästhetischer Zeit*, Frankfurt am Main 1994, S. 157.

¹¹⁹ "Als den Inbegriff der dichterischen Selbsterfahrung beschreibt Valéry einen geistigen Zustand uneingeschränkter Freiheit, der gegenüber irgendeinem faszinierenden Gegenstand die Empfindung eines Spielraumes gewonnen habe, in dem der Gegenstand aus einer gegenwärtigen und vollständig bestimmten Wirklichkeit zurückgekehrt ist in [...] den Zustand der Möglichkeit." Hans Blumenberg, "Sprachsituation und immanente Poetik", S. 152/53, in *Immanente Ästhetik - Ästhetische Reflexion. Lyrik als Paradigma der Moderne. Poetik und Hermeneutik II*, herausgegeben von Wolfgang Iser, München 1966, S. 145-155.

¹²⁰ "The law threatens certain pains if you do certain things, intending thereby to give you a new motive for not doing them." Holmes, *The Common Law*, S. 46.

¹²¹ Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Nachdruck der zweiten Auflage von 1933, Berlin ⁷1996, S. 13/14.

der unverantwortlichen Macht, über den entscheidenden, den nicht kalkulierbaren Moment zu entscheiden? Holmes ist Positivist, allerdings einer, der der amerikanischen Tradition insofern treu bleibt, als er seinen Positivismus nicht am formellen Gesetzgeber, sondern an der Rechtsprechung und ihrem Rückhalt im gesellschaftlichen Leben festmacht. Er nimmt dem Recht jene Selbstverständlichkeit, die es in seiner Verankerung in der "natürlichen Ökonomie" des freien Marktes als Ausdruck einer sozialdarwinistisch ins Säkulare hinübergeretteten "Natur des Menschen" für sich beanspruchte:

'The Path of the Law' marks the first clear articulation of legal positivism - that is, an insistence on a sharp distinction between law and morals - by any American legal thinker. [...] In my view, the issue of legal positivism - indeed, of positivism in general in American thought - becomes central only after the decline of Darwinism. For Darwinism in law held out the hope that custom could merge fact and value, law and morals. Just as its demise created an unbridgeable chasm between the state and the individual, so too did it separate power and morality.¹²²

Die Jurisprudenz im Sinne von Holmes legt es darauf an, schon präventiv die momenthafte Intensität des Wollens in eine spezifische Art des Sprechens aufzulösen. Diese impliziert eine bestimmte Zeitlichkeit: die Ausrichtung auf Zukunft.¹²³ Der Zwang zum Kalkül des Guten setzt sich um in der Wandlung der momenthaften Lust an der Tat zu einer Kalkulation ihres Preises. Die Natur ist dann weniger regelhaftes Vorbild einer normativen Ordnung als deren Gegenpol: sie entspricht eher der Fülle des Möglichen als dem Kalkül des Guten. Trotzdem bleibt sie als entrückte Legitimationsinstanz spürbarer Mangel im Alltag rechtlicher Geschäftigkeit. Von diesem Mangel und dieser Fülle erzählt "Bartleby".

¹²² Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960*, S. 140.

¹²³ Vergleiche Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 124-130.